

BAB II

LANDASAN TEORI

A. Perkawinan

Istilah Perkawinan berasal dari kata dasar *kawin* dengan diberi awalan *per* dan akhiran *an*, sehingga menjadi kata berimbuhan *perkawinan*. Fungsi awalan *per* menunjukkan arti *hal, urusan*, sehingga perkawinan berarti urusan kawin, perayaan kawin, dan sebagainya.

Perkawinan adalah sebuah istilah yang memiliki arti yang sama dengan pernikahan. Kata dasar *nikah* berasal dari bahasa Arab yang sering dihubungkan dengan kata akad yang berarti *janji* sehingga menjadi *akad nikah* dalam arti perjanjian antara pria dan wanita sebagai suami istri.¹

Perkawinan menurut Pasal 1 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dan wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa² atau sebagaimana diisyaratkan dalam al-Qur'an surat Ar Ruum ayat 21 :

وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾

Artinya: “Dan di antara tanda-tanda kekuasaan-Nya ialah Dia menciptakan untuk kalian istri-istri dari jenis kalian sendiri) Siti Hawa tercipta dari tulang rusuk Nabi Adam sedangkan manusia yang lainnya tercipta dari air mani laki-laki dan perempuan (supaya kalian cenderung dan merasa tenteram kepadanya) supaya kalian merasa

¹ Hilman Hadi Kusuma, *Bahasa Hukum Indonesia*. (Bandung: PT Alumni.2010), 88.

² Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

betah dengannya (dan dijadikan-Nya di antara kamu sekalian) semuanya (rasa kasih sayang. Sesungguhnya pada yang demikian itu) hal yang telah disebutkan itu (benar-benar terdapat tanda-tanda bagi kaum yang berpikir) yakni yang memikirkan tentang ciptaan Allah swt).”³

Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu. Perkawinan yang sah akan membawa akibat bukan hanya ikatan lahir batin antara seorang pria dengan wanita saja yang menyatu, akan tetapi akan menimbulkan akibat lain karena suatu pernikahan yang sah, yaitu terciptanya harta benda suami istri dalam perkawinan. Salah satu bentuk harta benda tersebut berupa harta bersama⁴ yang nantinya akan digunakan untuk keperluan hidup bersama.

B. Putusnya Perkawinan Serta Akibatnya

Perceraian disebut juga talak atau *furqah*, talak memiliki arti membuka ikatan membatalkan perjanjian, sedangkan *furqah* artinya bercerai. Kedua kata dipakai oleh para ahli sebagai suatu istilah yang berarti bercerainya suami dengan istri, menurut hukum Islam, talak dapat berarti:

1. Menghilangkan ikatan perkawinan atau mengurangi keterikatannya dengan menggunakan ucapan tertentu.
2. Melepas ikatan perkawinan dan mengakhiri hubungan suami istri.

³ Al Qur'an dan Terjemahannya, Disalin dari Naskah Departemen Agama Republik Indonesia, Proyek Pengadaan Kitab Suci Al Quran

⁴ Harta bersama merupakan harta benda yang diperoleh suami dan istri selama perkawinan berlangsung, dengan tidak mempermasalahkan pihak mana yang menghasilkannya (baik suami atau istri saja, ataupun suami dan istri secara bersama-sama), maka harta tersebut menjadi milik bersama diantara suami dan istri.

3. Melepaskan ikatan perkawinan dengan ucapan talak atau yang sepadan dengan itu.⁵

Dalam Pasal 39 Undang-undang No.1 Tahun 1974 bahwa perceraian hanya bisa dilakukan di depan sidang Pengadilan, setelah Pengadilan yang bersangkutan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak. Diisyaratkan juga bahwa untuk melakukan perceraian harus ada cukup alasan, yaitu bahwa antara suami istri tersebut tidak akan dapat hidup rukun sebagai suami istri. Menurut Pasal 38 Undang-undang No.1 tahun 1974 tentang Perkawinan, putusnya perkawinan disebabkan karena 3 (tiga) hal, yaitu :

1. Kematian
2. Perceraian
3. Atas keputusan Pengadilan

Putusnya perkawinan yang disebabkan karena perceraian yang diajukan ke Pengadilan Agama dapat terjadi karena adanya cerai talak dan cerai gugat. Dalam Kompilasi Hukum Islam ada beberapa alasan perceraian itu dapat dilakukan, ini tercantum dalam Pasal 116 yang antara lain menyebutkan:

Perceraian dapat terjadi karena alasan atau alasan-alasan:

1. Salah satu pihak berbuat zina atau menjadi pemabuk, pematik, penjudi dan lain sebagainya yang sukar disembuhkan.
2. Salah satu pihak meninggalkan pihak lain selama 2 (dua) tahun berturut-turut tanpa izin pihak lain dan tanpa alasan yang sah atau karena hal lain diluar kemampuan.
3. Salah satu pihak mendapat hukuman penjara selama 5 (lima) tahun atau hukumannya lebih berat setelah perkawinan berlangsung.
4. Salah satu pihak melakukan kekejaman atau penganiayaan berat yang membahayakan pihak lainnya.

⁵ Zuhri Hamid, *Pokok-pokok Hukum Perkawinan Islam dan Undang-undang Perkawinan di Indonesia*. (Yogyakarta: Bina Cipta, 1978), 73

5. Salah satu pihak mendapat cacat badan atau penyakit dengan akibat tidak mampu menjalankan kewajibannya sebagai suami atau istri.
6. Suami dan istri terus menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran dan tidak ada harapan untuk hidup rukun dalam rumah tangga.
7. Suami melanggar taklik talak.
8. Peralihan agama dan murtad yang menyebabkan terjadinya ketidakrukunan dalam rumah tangga.

Akibat yang ditimbulkan akibat perceraian menurut Pasal 41 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, menyebutkan:

Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah :

1. Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak; bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, Pengadilan memberi keputusannya.
2. Bapak yang bertanggung-jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu; bilamana bapak dalam kenyataan tidak dapat memenuhi kewajiban tersebut, Pengadilan dapat menentukan bahwa ibu ikut memikul biaya tersebut.
3. Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan/atau menentukan sesuatu kewajiban bagi bekas istri.

Sedangkan menurut Kompilasi Hukum Islam, akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah :

Pasal 149

Bilamana perkawinan putus karena talak, maka bekas suami wajib:

1. Memberikan *mut'ah* yang layak kepada bekas isterinya, baik berupa uang atau benda, kecuali bekas isteri tersebut *qobla al dukhul*;
2. Memberi nafkah, maskan dan kiswah kepada bekas isteri selama dalam *iddah*, kecuali bekas isteri telahdi jatuhi talak balin atau nusyur dan dalam keadaan tidak hamil;
3. Melunasi mahar yang masih terhutang seluruhnya, dan separoh apabila *qobla al dukhul*;
4. Memeberikan biaya *hadhanah* untuk anak-anaknya yang belum mencapai umur 21 tahun

Pasal 150

Bekas suami berhak melakukan rujuk kepada bekas istrinya yang masih dalam *iddah*.

Pasal 151

Bekas isteri selama dalam *iddah*, wajib menjaga dirinya, tidak menerima pinangan dan tidak menikah dengan pria lain.

Pasal 152

Bekas isteri berhak mendapatkan nafkah *iddah* dari bekas suaminya kecuali ia *nusyuz*.

Pasal 156

Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah:

1. Anak yang belum *mumayyiz* berhak mendapatkan *hadhanah* dan ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh:
 - a. Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu;
 - b. Ayah;
 - c. Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah;
 - d. Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan;
 - e. Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.
2. Anak yang sudah *mumayyiz* berhak memilih untuk mendapatkan *hadhanah* dari ayah atau ibunya;
3. Apabila pemegang *hadhanah* ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan *hadhanah* telah dicukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak *hadhanah* kepada kerabat lain yang mempunyai hak *hadhanah* pula;
4. Semua biaya *hadhanah* dan nafkah anak menjadi tanggung jawab ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dapat mengurus diri sendiri (21 tahun)
5. Bilamana terjadi perselisihan mengenai *hadhanah* dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan angka (1), (2), dan (4);
6. Pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya.

Pasal 157

Harta bersama dibagi menurut ketentuan sebagaimana tersebut dalam pasal 96,97

Pasal 158

Mut'ah wajib diberikan oleh bekas suami dengan syarat :

1. Belum ditetapkan mahar bagi isteri *ba'da al dukhul*;
2. Perceraian itu atas kehendak suami.

Pasal 159

Mut'ah sunnat diberikan oleh bekas suami tanpa syarat tersebut pada pasal 158

Pasal 160

Besarnya *mut'ah* disesuaikan dengan kepatutan dan kemampuan suami.

C. Harta Bersama

1. Pengertian Harta Bersama

a. Harta Bersama Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan

Menurut Pasal 35 Undang-undang Perkawinan harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama. Harta bawaan dari masing-masing suami dan istri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain. Pasal 36 Undang-undang Perkawinan disebutkan bahwa mengenai harta bersama suami atau istri dapat bertindak atas perjanjian kedua belah pihak, mengenai harta bawaan masing-masing suami dan istri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum mengenai harta bendanya.

Pada dasarnya bahwa semua harta yang diperoleh selama dalam ikatan perkawinan menjadi yuridiksi⁶ harta bersama. Asas ini kemudian dikembangkan dalam praktik peradilan seperti yang dikemukakan oleh M. Yahya Harahap, sehingga daya jangkauannya menjadi semakin luas. Berdasarkan pengembangan tersebut, maka harta perkawinan yang termasuk yuridiksi harta bersama adalah:⁷

1) Harta yang dibeli selama dalam ikatan perkawinan berlangsung. Setiap barang yang dibeli selama dalam ikatan perkawinan menjadi yuridiksi harta bersama.

Siapa yang membeli, atas nama siapa terdaftar, dan dimana letaknya tidak menjadi persoalan.

⁶ Yuridiksi menurut KBBI adalah 1. kekuasaan mengadili; lingkup kuasa kehakiman; peradilan; 2. Lingkungan hak dan kewajiban, serta tanggung jawab dalam suatu wilayah atau lingkungan kerja tertentu; kekuasaan hukum.

⁷ Abdul Manaf, *Aplikasi asas Equalitas Hak dan Kedudukan Suami Istri dalam Penjaminan Harta Bersama pada Putusan Mahkamah Agung*. (Bandung: CV. Mandar Maju, 2006), 59-60.

- 2) Harta yang dibeli dan dibangun pasca perceraian yang dibiayai dari harta bersama. Suatu barang termasuk yuridiksi harta bersama atau tidak ditentukan oleh asal-usul biaya pembelian atau pembangunan barang yang bersangkutan, meskipun barang itu dibeli atau dibangun pasca terjadi perceraian.
- 3) Harta yang dapat dibuktikan diperoleh selama pernikahan. Semua harta yang diperoleh selama ikatan perkawinan dengan sendirinya menjadi harta bersama.
- 4) Penghasilan harta bersama dan harta bawaan. Penghasilan yang berasal dari harta bersama menjadi yuridiksi harta bersama. Tapi bukan hanya barang yang berasal dari harta bersama saja yang menjadi yuridiksi harta bersama, melainkan juga penghasilan dari harta pribadi suami atau istri.
- 5) Segala penghasilan pribadi suami atau istri. Sepanjang mengenai penghasilan pribadi suami istri tidak terjadi pemisahan, bahkan dengan sendirinya terjadi penggabungan sebagai harta bersama. Penggabungan penghasilan pribadi suami istri ini terjadi demi hukum, sepanjang suami atau istri tidak menentukan lain dalam perjanjian perkawinan.

Berdasarkan penjelasan diatas dapat disimpulkan bahwa yang menjadi ruang lingkup dari harta bersama adalah segala harta benda yang diperoleh selama dalam ikatan perkawinan, tidak peduli siapa yang menghasilkan dan terdaftar atas nama siapa. Dalam Undang-undang Perkawinan kedudukan suami istri dalam rumah tangga mempunyai kewajiban memikul tanggung jawab dalam rumah tangga secara sejajar. Sebagaimana yang telah diatur dalam Pasal 31 Undang-undang Perkawinan yaitu hak dan kedudukan suami dan istri adalah seimbang dan masing-masing pihak berhak melakukan perbuatan hukum.

b. Harta Bersama Menurut Adat

Menurut hukum adat yang dimaksud dengan harta perkawinan adalah : Semua harta yang dikuasai suami istri selama mereka terikat dalam ikatan perkawinan, baik harta kerabat yang dikuasai, maupun harta perorangan yang berasal dari harta warisan, harta hibah, harta penghasilan sendiri, harta pencaharian hasil bersama suami istri, dan barang-barang hadiah. Kesemuanya itu dipengaruhi oleh prinsip kekerabatan yang dianut setempat dan bentuk perkawinan yang berlaku terhadap suami istri yang bersangkutan.⁸

Sebagaimana yang diketahui bahwa setiap Perkawinan masing-masing pihak dari suami atau istri mempunyai harta yang dibawa dan diperoleh sebelum melakukan akad perkawinan. Suami istri yang telah melakukan perkawinan mempunyai harta yang diperoleh selama perkawinan yang disebut harta bersama.⁹ Meskipun harta bersama tersebut hanya suami yang bekerja dengan berbagai usahanya sedangkan istri berada dirumah dan tidak mencari nafkah melainkan hanya mengurus rumah tangga dan anak-anaknya.¹⁰

Harta bersama atau yang dalam masyarakat lebih dikenal dengan harta gono-gini adalah harta yang diperoleh pasangan suami istri secara bersama sama selama dalam ikatan pernikahan. Harta bersama adalah harta kekayaan yang diperoleh selama perkawinan di luar warisan atau hadiah.

Para ahli hukum di Indonesia telah menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan harta bersama adalah semua harta yang diperoleh selama perkawinan

⁸Hilman Hadi Kusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia Menurut Perundang-Undangan Hukum Adat dan Hukum Agama*. (Bandung: Mandar Maju,2003).124.

⁹ Mohd. Idris Ramulyo. *Hukum Perkawinan Islam*.(Jakarta: Bumi Aksara.1999).

¹⁰ J.Satrio, *Hukum Harta Perkawinan*, (Bandung: PT.Citra Aditya Bakti,1991),5.

berlangsung, tanpa mempersoalkan atas nama siapa harta kekayaan itu terdaftar.¹¹

Menurut Sayuti Thalib, harta perkawinan suami istri apabila dilihat dari sudut asal usulnya dapat digolongkan menjadi tiga golongan, yaitu:

- 1) Harta masing-masing suami istri yang dimilikinya sebelum mereka kawin baik bersal dari warisan, hibah, harta usaha mereka sendiri-sendiri, atau yang dapat disebut harta bawaan.
- 2) Harta masing-masing suami istri yang dimiliki sesudah berada dalam hubungan perkawinan, tetapi diperoleh bukan dari usaha mereka baik perorangan atau bersama-sama, tetapi merupakan hibah, wasiat atau warisan masing-masing.
- 3) Harta yang diperoleh sesudah mereka dalam hubungan perkawinan atau usaha mereka berdua atau salah seorang, inilah yang disebut harta bersama.¹²

c. Harta Bersama Menurut Hukum Islam

Secara umum, hukum islam tidak mengenal yang namanya harta gono-gini. Di dalam al-Qur'an dan hadis tidak diatur tentang harta bersama dalam perkawinan. Pembicaraan tentang kajian harta bersama juga tidak kita jumpai dalam kitab-kitab fiqih klasik. Masalah harta gono-gini merupakan masalah yang belum disentuh atau belum terfikirkan oleh ulama-ulama fiqih terdahulu, karena masalah harta bersama atau harta gono-gini ini baru muncul dan banyak dibicarakan dalam masa modern ini.

¹¹ Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam Di Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2008), 108.

¹² Sayuti Thalib, *Hukum Keluarga Indonesia*, (Jakarta: UI Press, 1986), 83.

Hukum Islam lebih memandang adanya keterpisahan antara harta suami istri. Apa yang dihasilkan oleh suami merupakan harta miliknya begitupula sebaliknya, apa yang dihasilkan istri adalah harta miliknya. Zahri Hamid dalam bukunya yang berjudul *Pokok-pokok Hukum Perkawinan Islam dan Undang-undang Perkawinan di Indonesia* menyatakan, hukum Islam mengatur sistem terpisahnya harta suami dan harta istri sepanjang yang bersangkutan tidak berpendapat lain. Hukum islam juga memberikan kelonggaran kepada suami istri untuk membuat perjanjian perkawinan sesuai dengan keinginan mereka berdua, dan perjanjian tersebut akhirnya mengikat mereka secara hukum.¹³

Senada dengan itu, Ahmad Azhar Basyir dalam bukunya *Hukum Perkawinan Islam* menyatakan, hukum Islam memberi hak kepada masing-masing pasangan, baik suami/istri untuk memiliki harta benda secara perseorangan yang tidak bisa diganggu oleh masing-masing pihak. Suami yang menerima pemberian, warisan dan sebagainya, berhak menguasai sepenuhnya harta yang diterimanya itu, tanpa adanya campur tangan istrinya. Demikian halnya bagi istri yang menerima pemberian, warisan, dan sebagainya, berhak menguasai sepenuhnya harta yang diterimanya itu tanpa adanya campur tangan suaminya. Dengan demikian, harta bawaan yang mereka miliki sebelum terjadinya perkawinan menjadi hak milik masing-masing pasangan suami istri.¹⁴

Pandangan Hukum Islam yang memisahkan harta kekayaan suami istri sebenarnya memudahkan pemisahan mana yang termasuk harta suami dan mana

¹³ Zahri Hamid, *Pokok-Pokok Hukum Perkawinan Islam dan Undang-Undang Perkawinan di Indonesia* (Yogyakarta: Binacipta, 1978), 34.

¹⁴ Ahmad Azhar Basyir, *Hukum Perkawinan Islam*, (Yogyakarta: UII Press, 2004), 28.

yang termasuk harta istri, mana harta bawaan suami dan mana harta bawaan istri sebelum perkawinan, mana harta yang diperoleh suami dan harta yang diperoleh istri secara sendiri-sendiri selama perkawinan, serta mana harta bersama yang diperoleh secara bersama selama terjadinya perkawinan. Pemisahan tersebut akan sangat berguna dalam pemisahan antara harta suami dan harta istri jika terjadi perceraian dalam perkawinan mereka. Ayat al-Qur'an yang dapat diartikan berhubungan dengan harta bersama yaitu Surat An Nisa Ayat 32:

وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبُوا
وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَ وَأَسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا

Artinya: “Dan janganlah kamu iri hati terhadap apa yang dikaruniakan Allah kepada sebahagian kamu lebih banyak dari sebahagian yang lain. (Karena) bagi orang laki-laki ada bahagian daripada apa yang mereka usahakan, dan bagi para wanita (pun) ada bahagian dari apa yang mereka usahakan, dan mohonlah kepada Allah sebagian dari karunia-Nya. Sesungguhnya Allah maha mengetahui segala sesuatu.”

Menurut ayat tersebut ada kemungkinan dalam suatu perkawinan akan ada harta bawaan dari istri yang akan terpisah dari harta suami, dan masing-masing suami dan istri menguasai dan memiliki hartanya sendiri-sendiri. Sedangkan harta bersama (harta pencaharian) milik bersama suami istri tidak ada.¹⁵

Meskipun dalam hukum islam tidak diatur secara jelas mengenai harta bersama, kajian tentang harta bersama dalam hukum islam tidak terlepas dari pembahasan tentang konsep *syirkah*¹⁶ dalam perkawinan. Banyak Ulama yang berpendapat bahwa harta bersama termasuk dalam konsep *syirkah*. Mengingat konsep tentang harta bersama tidak ditemukan dalam rujukan teks al-Quran dan

¹⁵ Hilman Hadikusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia*....,127.

¹⁶ *Syirkah* adalah akad antara orang-orang yang berserikat dalam hal modal dan keuntungan.

Hadis, maka sesungguhnya kita dapat melakukan *qiyas* (perbandingan) dengan konsep *fiqih* yang sudah ada, yaitu tentang *syirkah* itu sendiri. Jadi, tidak bisa dikatakan bahwa berhubung masalah harta bersama tidak disebutkan dalam al-Quran, maka pembahasan harta bersama menjadi mengada-ada.¹⁷

Kompilasi Hukum Islam menyebutkan bahwa harta kekayaan dalam perkawinan disebut sebagai *syirkah*. Dimana konsep *syirkah* ini diambil dari al-Qur'an yaitu surah An Nisa ayat 34:

لرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ

Artinya: “Kaum laki-laki itu adalah pemimpin bagi kaum wanita, oleh karena Allah telah melebihkan sebahagian mereka (laki-laki) atas sebahagian yang lain (wanita), dan karena mereka (laki-laki) telah menafkahkan sebagian dari harta mereka.

Menurut Otji Salman, berdasarkan surah An Nisa ayat 34 ada kemungkinan terbentuknya harta bersama. Dimana suami dibebani kewajiban untuk mencari dan memberikan nafkah kepada istri dan keluarga, sedangkan istri sebagai pembantu (mitra) bagi suaminya dalam mencari nafkah.¹⁸

Oleh karena dalam islam tidak ada hukum atau aturan rinci mengenai harta bersama dalam perkawinan, melainkan hanya garis besarnya saja, sehingga menimbulkan penafsiran yang berbeda-beda, maka dibuatlah hukum untuk mengatur harta bersama. Berdasarkan Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1991 dan Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia Nomor

¹⁷ Happy Susanto, *Pembagian Harta Gono-Gini Setelah Terjadinya Perceraian*.(Jakarta: Visimedia Pustaka,2008),59.

¹⁸ Otje Salman dan Mustofa Haffas, *Hukum Waris Islam*.(Bandung: Refika Aditama,2002),11.

154 Tahun 1991 tentang Pelaksanaan Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1991 tanggal 10 Juni 1991.

Menurut Amir Syarifuddin Hukum Islam mengatur bahwa perjanjian perkawinan harus dilakukan pada waktu akad nikah dilangsungkan atau sesudahnya dan harus dilakukan dengan akad khusus dalam bentuk *syirkah*. Apabila kedua unsur tersebut tidak diterapkan, maka harta pribadi milik masing-masing suami istri tidak dapat dikategorikan sebagai harta bersama dan tetap menjadi harta milik pribadi masing-masing.¹⁹

2. Dasar Hukum Harta Bersama Dalam Perkawinan

Ketentuan tentang harta bersama atau harta gono-gini, sudah jelas dalam hukum positif yang berlaku di Indonesia. Dalam hukum positif di Indonesia, masalah harta bersama diatur dalam Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan (UUP), Kompilasi Hukum Islam (KHI), dan Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPer).

Pada dasarnya tidak ada percampuran harta kekayaan dalam perkawinan antara suami dan istri. Konsep harta bersama pada awalnya berasal dari adat istiadat atau tradisi yang berkembang di Indonesia. Konsep ini kemudian didukung oleh Hukum Islam dan hukum positif yang berlaku di negara kita.²⁰

Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 Pasal 35 ayat (1) menyebutkan harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama, artinya harta kekayaan yang diperoleh sebelum terjadinya perkawinan tidak disebut sebagai harta bersama. Kemudian batasan dari harta bersama diatur pada ayat (2) yaitu

¹⁹ Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan di Indonesia*.,176.

²⁰ Happy Susanto, *Pembagian Harta Gono-Gini Setelah Terjadinya Perceraian*....,8.

harta bawaan dari masing-masing sebagai hadiah atau warisan, adalah dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.

Kompilasi Hukum Islam, harta bersama diatur lebih rinci. Pasal 1 huruf F

Kompilasi Hukum Islam menyatakan:

Harta kekayaan dalam perkawinan atau *syirkah* adalah harta benda yang diperoleh baik sendiri-sendiri atau bersama suami-istri selama dalam ikatan perkawinan berlangsung selanjutnya disebut harta bersama, tanpa mempersoalkan terdaftar atas nama siapapun.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 119 disebutkan bahwa, sejak saat dilangsungkannya perkawinan, maka menurut hukum terjadi harta bersama antara suami istri, sejauh tentang hal itu tidak diadakan ketentuan-ketentuan lain dalam perjanjian perkawinan. Harta bersama itu, selama perkawinan berjalan, tidak boleh ditiadakan atau diubah dengan suatu persetujuan antara suami istri.

Disebutkan dalam Kompilasi Hukum Islam Pasal 85:

Adanya harta bersama di dalam perkawinan itu tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing-masing suami istri". Di dalam Pasal ini disebutkan adanya harta bersama dalam perkawinan, akan tetapi tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing-masing suami-istri.

3. Pembagian Harta Bersama

Harta bersama pada umumnya dibagi dua sama rata di antara suami istri. Hal ini didasarkan pada ketentuan Pasal 128 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang menyatakan bahwa, "Setelah bubarnya persatuan, maka harta benda kesatuan dibagi dua antara suami istri, atau antara ahli waris mereka masing-masing, dengan tidak mempedulikan soal dari pihak yang manakah barang-barang yang diperolehnya". Sementara itu harta bawaan dan harta perolehan tetap

otomatis menjadi hak milik pribadi masing-masing yang tidak perlu dibagi secara bersama.²¹

Secara umum pembagian harta bersama baru bisa dilakukan setelah adanya perceraian. Pembagian Harta bersama baiknya dilakukan secara adil, sehingga tidak menimbulkan ketidakadilan antara hak suami dan hak istri. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 37 mengatakan apabila perkawinan putus karena perceraian, pembagian harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing, yang dimaksud dengan hukum masing-masing ditegaskan dalam penjelasan Pasal 37 ialah hukum agama, hukum adat dan hukum-hukum lainnya.

Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tidak menegaskan berapa bagian masing-masing antar suami atau istri, baik cerai mati maupun cerai hidup, tetapi dalam Kompilasi Hukum Islam Pasal 96 dan 97 mengatur tentang pembagian *syirkah* ini baik cerai hidup maupun cerai mati, yaitu masing-masing mendapat separo atau seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan dalam perjanjian kawin.

Selengkapnya Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam berbunyi :

- a. Apabila terjadi cerai mati maka separoh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama.
- b. Pembagian harta bersama bagi seorang suami atau istri yang istri atau suaminya hilang harus ditanggungkan sampai adanya kepastian matinya yang hakiki atau matinya secara hukum atas dasar putusan Pengadilan Agama.

Sedangkan Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam menyatakan, “Janda atau duda yang cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama

²¹ Happy Susanto, *Pembagian Harta Gono-Gini Setelah Terjadinya Perceraian.....*, 37.

sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian kawin". Dari kedua Pasal di atas, dapat disimpulkan bahwa harta bersama atau *syirkah* akan dibagi sama banyak atau seperdua bagian antara suami dan istri, hal ini dapat dilakukan langsung atau dengan bantuan pengadilan.

4. Penyelesaian Sengketa Harta Bersama

Hal yang paling sering terjadi pada masyarakat Indonesia yang mayoritas beragama Islam saat ini adalah setelah terjadinya perceraian, mengenai kedudukan atau pembagian harta bersama antara suami dan istri yang bercerai tersebut, banyak masyarakat yang memilih Pengadilan Agama untuk menyelesaikan pertikaian pembagian harta bersama. Pembagian harta bersama menurut ketentuan Pasal 37 Undang- Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan tidak ditetapkan secara tegas berapa bagian masing-masing suami atau istri yang bercerai baik cerai hidup maupun cerai mati.

Dari uraian diatas, dapat diambil pengertian bahwa pembagian harta bersama karena cerai hidup dapat dilakukan secara langsung antara bekas istri dan suami dengan pembagian masing-masing separo bagian. Perkara yang menyangkut perceraian dan kemudian berlanjut dengan pembagian harta bersama ini terjadi di seluruh wilayah Indonesia yang mayoritas masyarakatnya beragama Islam dan tentunya penyelesaian kasus pembagian harta bersama ini berada dalam kewenangan Pengadilan Agama.

Pengaturan tentang pengajuan permohonan pembagian harta bersama dan perceraian terdapat dalam Pasal 86 ayat (1) Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989

Tentang Pengadilan Agama yang tidak dirubah ketentuannya dalam Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 Tentang perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama. Bunyi dari ketentuan pasal tersebut adalah “Gugatan soal penguasaan anak, nafkah anak, nafkah istri, dan harta bersama suami istri dapat diajukan bersama-sama dengan gugatan perceraian ataupun sesudah putusan perceraian memperoleh kekuatan hukum tetap.”

Menurut Yurisprudensi Mahkamah Agung No. 387 K/ Sip/ 1958 tgl. 11-2-1959 dan No. 392 K/ Sip/ 1969 tgl. 30-8-1969, apabila terjadi perceraian, maka di dalam penyelesaian pembagian harta bersama akibat perceraian adalah sebagai berikut²² :

- a. Bagi mereka yang kawin menurut agama Islam, hukum Islam tidak mengenal harta bersama, karena isteri diberi nafkah oleh suami. Yang ada ialah harta milik masing-masing suami dan isteri. Harta adalah hak mereka masing-masing.
- b. Bagi mereka yang kawin menurut agama Islam dan agama-agama lainnya, tetapi tunduk kepada hukum adat yang mengenal harta bersama (gono-gini, harta guna kaya), jika terjadi perceraian, bekas suami dan bekas isteri masing-masing mendapat separoh.

Para pencari keadilan (*justiabelen*), tentu mengharapkan agar keadilan dan perlindungan hukum yang diperolehnya menjadi kenyataan. Untuk menjamin hak-hak pencari keadilan tersebut maka hukum memberi jalan dengan hak baginya

²² Hilman Hadi Kusuma, *Hukum Perkawinan di Indonesia*,127.

untuk mengajukan permohonan sita terhadap barang-barang sengketa atau yang dijadikan jaminan. Didalam praktek dikenal ada 4 (empat) macam sita yaitu²³ :

a. Sita Jaminan (*Conservatoir Beslag*)

Kata *conservatoir beslag* adalah berasal dari perkataan *conserveren* yang berarti menyimpan. Makna *conservatoir beslag* ialah untuk menyimpan hak-hak seorang untuk menjaga agar penggugat tidak dirugikan oleh perbuatan tergugat.

Syarat-syarat utama sita jaminan adalah :

- 1) Harus ada sangka yang beralasan, bahwa tergugat sebelum putusan dijatuhkan atau dilaksanakan akan menggelapkan atau menghilangkan barang-barangnya.
- 2) Barang yang disita itu berupa kepunyaan yang terkena sita, artinya bukan milik penggugat.
- 3) Permohonan diajukan kepada Ketua Pengadilan yang memeriksa perkara tersebut.
- 4) Dapat dilakukan atau diletakkan baik terhadap barang bergerak atau yang tidak bergerak.

Dalam praktek permohonan akan sita jaminan lazimnya dilakukan dalam surat gugat, dan dalam petitum dimohonkan pernyataan sah dan berharga, atau dengan kata lain permohonan sita jaminan tersebut diajukan sebelum dijatuhkan putusan. Sedangkan ciri-ciri sita jaminan adalah sebagai berikut :

- 1) Sita jaminan diletakkan atas harta yang disengketakan status kepemilikannya atau terhadap harta kekayaan tergugat dalam sengketa utang piutang atau juga dalam sengketa dan tuntutan ganti rugi.

²³ Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata Di Lingkungan Peradilan Agama* (Jakarta: Yayasan Al-Hikmah, 2000),59-63.

- 2) Obyek sita bisa barang bergerak atau tidak bergerak, bisa berwujud atau tidak berwujud.
- 3) Pembatasan sita jaminan bisa hanya barang-barang tertentu atau seluruh harta kekayaan tergugat.
- 4) Tujuan penyitaan untuk menjamin gugatan agar tidak hampa (*illusoir*)

b. Sita Hak Milik (*Revindcatoir Beslag*)

Revindcatoir berasal dari kata *revindiceer* yang artinya mendapatkan. Kata *revindcatoir beslag* mengandung pengertian penyitaan untuk mendapatkan hak kembali. Maksud penyitaan ini adalah agar barang yang digugat itu jangan sampai dihilangkan selama proses berlangsung. Dari pasal 226 ayat (1) HIR dan pasal 260 ayat (1) R.Bg dapat diketahui bahwa sita hak milik mempunyai kekhususan terutama terletak pada obyek barang tersita dan kedudukan penggugat atau barang yaitu :

- 1) Hanya terbatas barang bergerak yang ada di tangan orang lain (tergugat)
- 2) Barang itu berada di tangan orang lain tanpa hak
- 3) Permintaan sita diajukan oleh pemilik agar dikembalikan kepadanya.

Syarat atau alasan pokok sita hak milik adalah adanya obyek sengketa barang bergerak, terdapat pemohon pemilik barang, permohonan diajukan kepada Ketua Pengadilan dan barang dikuasai tergugat tanpa hak.

c. Sita Harta Bersama (*Marital Beslag*)

Selain sita hak milik dan sita jaminan terdapat pula bentuk khusus yang diterapkan terhadap harta bersama suami-istri, apabila terjadi sengketa perceraian atau pembagian harta bersama. Tujuan utamanya adalah membekukan harta

bersama suami istri melalui penyitaan, agar tidak berpindah kepada pihak ketiga selama proses perkara perceraian atau pembagian harta bersama berlangsung. Karakteristik penerapan yang melekat pada sita harta bersama meliputi seluruh harta bersama yang dikuasai oleh para pihak, bukan hanya yang ada di tangan tergugat saja tetapi juga yang ada pada penggugat atau pihak ketiga.

d. Sita Eksekusi (*Executoir Beslag*)

Sita eksekusi adalah sita yang berhubungan dengan masalah pelaksanaan suatu putusan karena pihak tergugat tidak mau melaksanakan putusan yang telah berkekuatan hukum tetap tersebut secara sukarela meskipun Pengadilan telah memperingatkan agar putusan tersebut dilaksanakan secara sukarela sebagaimana mestinya. Sita eksekusi ini biasa dilakukan terhadap putusan yang mengharuskan penggugat membayar sejumlah uang, sedangkan tentang tata cara dan syarat-syarat sita eksekusi ini diatur dalam pasal 197 HIR atau pasal 208 R.Bg. Sekiranya sudah diletakkan sita jaminan, tidak diperlukan lagi Sita Eksekusi karena sita jaminan menurut asasnya otomatis beralih menjadi sita eksekusi pada saat perkara yang bersangkutan mempunyai putusan yang berkekuatan hukum tetap. Ada dua macam sita eksekusi :

- 1) Sita Eksekusi Langsung adalah sita eksekusi yang langsung diletakkan atas barang bergerak dan barang tidak bergerak milik debitur atau pihak yang kalah.
- 2) Sita Eksekusi Tidak Langsung adalah sita eksekusi yang berasal dari sita jaminan yang telah dinyatakan sah dan berharga dan dalam rangka eksekusi otomatis berubah menjadi sita eksekusi.

Setiap sita mempunyai tujuan tertentu (berbeda-beda) namun tujuan akhir daripada sita tidak lain untuk menjamin agar Putusan Hakim secara nyata dapat diwujudkan, agar terlindungi kepentingan penggugat dari itikad buruk tergugat. Putusan Hakim tidak hampa karena barang sengketa telah tiada/dipindah-tangankan, sehingga pada saat putusan berkekuatan hukum tetap, gugatan tidak hampa (*illusoir*). Serta sekaligus memberi jaminan kepastian bagi penggugat, objek eksekusi apabila putusan berkekuatan hukum tetap

D. *Contra legem* dalam Teori Hukum

1. Pengertian *Contra legem*

Contra legem menurut kamus hukum mempunyai arti bertentangan dengan (huruf dari) undang-undang. *Contra legem* adalah putusan pengadilan yang mengesampingkan/tidak menggunakan Undang-undang sebagai dasar pertimbangan atau bahkan bertentangan dengan Pasal Undang-Undang, sepanjang Pasal Undang-Undang tersebut tidak lagi sesuai dengan perkembangan dan rasa keadilan masyarakat.²⁴ *Contra legem* merupakan tindakan dimana seorang hakim didalam memutus suatu perkara tidak lagi mengacu kepada undang-undang akan tetapi memutus dengan keyakinannya sendiri dengan menguji serta menganalisis perkara yang hendak diputus secara cermat dan matang sesuai dengan hukum yang berkembang dalam kehidupan masyarakat sekarang tanpa mengurangi rasa keadilan.

²⁴ H.A. Mukhsin Asyrof, *Asas-Asas Penemuan Hukum dan Penciptaan Hukum Oleh Hakim Dalam Proses Peradilan*, Majalah Varia Peradilan, November 2006

2. Penerapan *Contra legem*

K.Wantjik Saleh dalam bukunya *Hukum Acara Perdata* mengemukakan yang dimaksud asas *Contra legem* adalah wewenang seorang hakim untuk menyimpangi ketentuan-ketentuan hukum tertulis yang telah ada yang telah ketinggalan zaman sehingga tidak lagi mampu memenuhi rasa keadilan masyarakat.²⁵ Lebih lanjut beliau mengemukakan bahwa sesuai dengan tugas dan sumpah jabatannya, maka hakim Peradilan Agama berkewajiban mengadili dan memutuskan perkara yang menjadi wewenang berdasarkan hukum Islam dan peraturan yang berlaku. Jadi antara hakim dalam peradilan umum, hakim peradilan agama, atau hakim dalam lingkungan peradilan lainnya mempunyai kedudukan yang sama, tidak ada perbedaan dan tidak ada diskriminasi.

Sumber utama dalam penemuan hukum yang dilakukan oleh hakim adalah peraturan perundang-undangan, hukum kebiasaan, yurisprudensi, perjanjian internasional, kemudian doktrin. Dalam ajaran penemuan hukum, undang-undang diprioritaskan dari sumber hukum yang lain. Jika hendak mencari hukumnya, arti sebuah kata, maka dicari terlebih dahulu dalam undang-undang, karena undang-undang bersifat autentik, berbentuk tertulis, dan lebih menjamin kepastian hukum.²⁶

Tidak mudah untuk membaca undang-undang, karena tidak hanya sekedar bunyi kata-kata saja, tetapi harus mencari arti, makna, atau tujuannya. Oleh karena itu untuk membaca undang-undang tidak cukup membaca pasal-pasal nya saja, namun harus membaca penjelasannya dan juga konsiderannya. Jika hukum

²⁵ K.Wantjik Saleh, *Hukum Acara Perdata*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1981), 50.

²⁶ Sudikno Mertokusumo dan A. Pilto, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum*. Jakarta: Citra Aditya Bakti.1993.48

dikatakan sebagai suatu sistem, maka untuk memahami suatu pasal dalam undang-undang atau memahami suatu undang-undang harus dibaca pasal-pasal lain dalam suatu peraturan perundang-undangan lain. Undang-undang tidak boleh ditafsirkan bertentangan dengan undang-undang itu sendiri (*contra legem*), lebih-lebih kalau undang-undang tersebut sudah cukup jelas.

Tujuan dari hukum itu sangat beragam dan berbeda-beda, akan tetapi dapat diambil 3 (tiga) tujuan hukum yang selama ini berkembang, yaitu:

- a. Aliran etis, yang menganggap bahwa pada prinsipnya tujuan hukum itu semata-mata hanya untuk mencapai keadilan.
- b. Aliran utilities, yang menganggap bahwa pada prinsip tujuan hukum hanyalah untuk menciptakan kemanfaatan atau kebahagiaan masyarakat.
- c. Aliran normatif yuridis, yang menganggap bahwa pada prinsipnya tujuan hukum itu adalah untuk menciptakan kepastian hukum

Dengan demikian, tujuan hukum sebenarnya sama seperti yang dikemukakan oleh Gustav Radbruch sebagai 3 (tiga) nilai dasar hukum, yaitu keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Selanjutnya ia juga mengungkapkan bahwa penggunaan asas prioritas dari ketiga asas tersebut yang pertama adalah keadilan, kemanfaatan baru yang terakhir adalah kepastian hukum.

Menggunakan ketiga asas tersebut, yaitu asas keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum secara bersama-sama akan terasa sulit dilakukan oleh hakim. Hal ini disebabkan karena saat hakim menjatuhkan putusan yang lebih mengarah kepada rasa keadilan, maka hakim akan menjauhi asas kepastian hukum. Demikian pula sebaliknya, apabila hakim dalam memutuskan lebih

mementingkan kepada kepastian hukum maka secara otomatis hakim akan menjauh dari asas keadilan.²⁷

Pada dasarnya hakim harus menerapkan hukum yang ada dalam peraturan perundang-undangan. Adanya hukum yang tertulis dalam bentuk perundang-undangan sebagai wujud dari asas legalitas memang lebih menjamin adanya kepastian hukum. Tetapi undang-undang sebagai produk politik, tidak mudah untuk diubah dengan cepat mengikuti perkembangan masyarakat. Disisi lain, seiring berkembangnya masyarakat modern yang dinamis seperti saat ini, masalah-masalah hukum yang dihadapi semakin banyak dan beragam yang menuntut pemecahan yang segera.²⁸

Adapun dalam Perkara Perdata, ada beberapa proses atau tahapan yang harus dilalui hakim sebelum menjatuhkan putusan, yaitu sebagai berikut:²⁹

a. Tahap Mengkonstatir

Dalam tahap ini hakim akan melihat atau membenarkan ada tidaknya suatu peristiwa yang diajukan kepadanya. Untuk memastikan hal tersebut, maka diperlukan pembuktian, dan oleh karena itu hakim harus bersandarkan kepada alat-alat bukti yang sah menurut hukum. Dimana dalam perkara perdata, sebagaimana Pasal 164 HIR/ Pasal 284 Rbg/ Pasal 1866 KUH Perdata, yaitu alat bukti tertulis, pembuktian dengan saksi, persangkaan, pengakuan dan sumpah. Dalam tahap ini Hakim harus bersikap logis.

²⁷ Achmad Ali. *Keterpurukan Hukum di Indonesia*.(Bogor: Ghalia, 2005),97.

²⁸ Mukhsin Asyof, “asas asas Penemuan hukum dan penciptaan hukum oleh hakim dalam proses peradilan”, *Majalah varia peradilan* no. 252/November 2006,(Jakarta:IKAHI).

²⁹ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata*.(Yogyakarta:Citra Aditya Bakti,1998),92-94

b. Tahap Mengkualifikasi

Pada tahap ini, hakim mengkualifisir dengan menilai peristiwa konkret yang telah dianggap benar-benar terjadi, termasuk hubungan hukum apa atau bagaimana untuk peristiwa-peristiwa tersebut. Dengan kata lain hakim mengelompokkan kedalam golongan atau peristiwa hukum apa perkara tersebut. Jika suatu peristiwa sudah terbukti dan peraturannya jelas serta tegas, maka penerapan hukumnya akan mudah. Tetapi jika hukumnya tidak jelas atau tidak tegas hukumnya, maka hakim bukan lagi harus menemukan hukumnya saja, tetapi lebih dari itu ia harus menciptakan hukum, yang tentu saja tidak boleh bertentangan dengan keseluruhan sistem peraturan perundang-undangan dan harus memenuhi pandangan serta kebutuhan masyarakat atau zamannya.

c. Tahap Mengkonstituir

Tahap yang terakhir, hakim menetapkan hukumnya terhadap peristiwa tersebut dan memberi keadilan kepada para pihak yang bersangkutan

Contra legem diperbolehkan, dengan alasan, apabila dalam suatu perkara tidak terdapat aturan yang jelas ataupun aturan yang mengatur suatu persoalan hukum, maka hakim memiliki kewenangan untuk melakukan *contra legem*, yaitu hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Prinsip ini sesuai dengan ketentuan Pasal 28 (1) Undang-Undang Nomor.4 Tahun 2004 jo. Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang.Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, dan Penjelasan Pasal 30 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah

Agung. Menurut Penjelasan Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman dan Pasal 5 ayat (1) Undang- Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Undang-Undang Mahkamah Agung, disebutkan bahwa ketentuan tersebut dimaksudkan agar putusan Hakim dapat sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.³⁰

Selain itu dalam Pasal 229 Kompilasi Hukum Islam juga disebutkan bahwa, Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan. Disini Hakim boleh melakukan diskresi³¹ sebagai upaya ijtihad penemuan hukum.

Dalam menjalankan praktek, hakim menemui berbagai macam kendala, seringkali ditemui kata atau kalimat undang-undang tidak jelas, atau undang-undang tidak lengkap dalam arti belum mengatur secara tegas suatu kasus atau perkara yang diajukan kepada hakim. Padahal hakim dilarang menolak mengadili suatu perkara yang diajukan kepadanya dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, sebagaimana yang ditentukan Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman. Atas dasar tersebut, maka hakim juga berperan disamping menerapkan hukum juga menemukan dan menciptakan hukum.

³⁰ Luh Gede Siska Dewi Gelgel, *Pelaksanaan contra legem Oleh Hakim Penjabaran Nilai Hukum Progresif*. Bagian Hukum Perdata Fakultas Hukum Universitas Udayana.

³¹ Dalam KBBi Diskresi artinya kebebasan mengambil keputusan sendiri dalam setiap situasi yang dihadapi.